

Методология и теория права

В. М. Сырых*

Система источников права в материалистической теории права

Материалистическая теория права в отличие от юридического позитивизма не сводит право только к нормам, издаваемым государственными органами, и соответственно интерпретирует систему источников права значительно шире совокупности законов и иных нормативных правовых актов, которые принимаются органами государства, и с его санкции другими не государственными органами и организациями. Если для юридического позитивизма действующие нормы позитивного права представляют собой альфу и омегу правового регулирования, то в материалистической теории права позитивное право рассматривается лишь одним из необходимых звеньев сложного механизма перехода, воплощения объективного права в действительное право, реализуемое в конкретных правовых отношениях.

Согласно материалистическому правопониманию в основе позитивного права лежит объективное право, которое в конечном итоге определяет его действенность и действительность, его способность содействовать или препятствовать развитию экономических и иных отношений общества. Объективным же правом предстает не что иное как форма существующих в обществе экономических отношений. Исторически первое экономическое отношение между частными собственниками в форме обмена породило и объективное право – способ взаимодействия участников обмена, основанный на принципах равенства, взаимозависимости, эквивалентности и договора.

Обстоятельное обоснование формы обмена как объективного права дано К. Марксом в «Экономических рукописях», четко и последовательно раскрывшим необходимую

* Сырых Владимир Михайлович, доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки РФ.

взаимосвязь правовой сферы обмена с его экономическим содержанием. К сожалению, советские правоведы, в том числе и претендовавшие на глубокое знание марксизма, не заметили в материалистической (марксистской) теории самого главного – того, что согласно этой теории право соотносится не со всеми компонентами экономического отношения, а лишь с его формой.

К. Маркс, характеризуя особенности обмена как экономического отношения, обращал внимание на то, что его экономическое содержание находится «за пределами экономического определения формы», а именно: «1) природная особенность обмениваемого товара; 2) особая природная потребность обменивающихся, или – если связать то и другое вместе – различная потребительная стоимость обмениваемых товаров».¹ Суть же формы обмена состоит в том, что «субъекты отношения, *обменивающиеся*, выступающие в одном и том же определении; предметы их обмена, меновые стоимости, *эквиваленты*, которые не только равны, но и категорически должны быть равны; наконец, сам акт обмена, опосредствование, в силу которого субъекты как раз и выступают как обменивающиеся, как равные, а их объекты – как эквиваленты, как равные».²

Таким образом, форма обмена предусматривает четыре обязательные всеобщие условия (правовые требования), при которых обмен может соответствовать содержанию как общественному распределительному отношению: 1) взаимозависимость; 2) равенство собственников обмениваемого товара; 3) эквивалентность обмена; 4) договор, как форма закрепления свободной воли участников обмена, их согласованного решения на обмен товарами, признаваемыми ими эквивалентными. Характерно, что последнее условие логически вытекает из предшествующих. Заключение договора возможно только между владельцами товаров, которые, будучи свободными и независимыми друг от друга, свободно проявляют свою волю и в рамках договорных отношений.

Взаимозависимость участников обмена определяется содержанием обмена, в котором, как уже говорилось, каждый участник, реализуя свою цель, вынужден обслуживать другого, выступает средством достижения его цели. Обмен может завершиться позитивными результатами только при условии, что каждый из его участников добросовестным образом выполнит свои обязательства в пользу другого. Поэтому, резюмирует К. Маркс, «взаимозависимость есть необходимый факт, предполагаемый в качестве естественного условия обмена, но она, как таковая, безразлична для обоих

¹ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. 2-е изд. М., 1968. Т. 46. Ч. 1. С. 187 – 188.

² Там же. С. 188.

субъектов обмена».³ Требование *равенства* участников обмена проявляется в двух аспектах – как равенство собственников обмениваемых продуктов и как их равноправное положение в данном договоре. Участники обмена равны, прежде всего, в праве собственности, поскольку в основе их взаимных имущественных притязаний лежит основной принцип права – будь лицом и уважай права других лиц. В соответствии с изложенным принципом каждый участник обмена имеет определенный набор правовых притязаний и юридических обязанностей. Каждый участник обмена притязает на предмет, принадлежащий другому лицу. Одновременно они видят друг в друге собственника и уважают его право собственности.

Необходимым компонентом формы обмена является и требование *эквивалентности* обмениваемых товаров. Каждый участник обмена вступает в отношение потому, что надеется приобрести нечто более значимое, нежели отчужденная собственность. Аналогичным образом мотивирует свое решение вступить в обмен и другой его участник. Поэтому обмен может состоять при том непременно условии, что участники обмена уверены в том, что в ходе подобной акции они не только ничего не потеряют, но и нечто приобретут, т.е. уверены в эквивалентности, равноценности обмененных товаров. Понятно, что понятие эквивалентности обмена может носить сугубо субъективный характер. Например, американские индейцы ни на йоту не сомневались в эквивалентности обмена золота на железный гвоздь, небольшое зеркало или железный топор, и, тем не менее, без убежденности каждого участника в том, что обмен является эквивалентным, правоотношение состояться не может.

Из равенства субъектов обмена и эквивалентности обмениваемых товаров логически вытекает и четвертый признак формы обмена – *договор*. Именно эта форма наиболее органично соответствовала согласованной воле участников обмена. Договор позволял закрепить соглашение как волевой акт, осуществленный в соответствии с экономическим содержанием и юридической формой обмена, представить этот акт как одно из конкретный проявлений экономической, предметно-практической деятельности общества. Договор был призван решить, как минимум, три задачи. Во-первых, зафиксировать действительную волю участников на совершение обмена, во-вторых, засвидетельствовать эквивалентный характер объектов обмена, и, в-третьих, стать свидетельством действительности, достоверности совершенной сделки и тем самым придать возникшему отношению устойчивый, стабильный характер.

³ Там же. С. 190.

Каждый участник обмена вступил в правоотношение по доброй воле, понуждаемый лишь личной потребностью в обмениваемом товаре и желанием приобрести необходимый для себя продукт. Обмен как раз и выступает юридическим фактом, свидетельствующим о том, что между его участниками достигнуто полное единодушие по всем существенным вопросам сделки, конкретизированы предметы, подлежащие обмену, определены время и место обмена, порядок передачи обмениваемых товаров.

Особое значение в договоре уделялось признанию участников в том, что обмениваемые товары, по их мнению, являются действительно эквивалентными. Хотя на начальных стадиях обмена из-за неразвитости обменных отношений оценка эквивалентности товаров во многом носила субъективный характер, тем не менее, без достижения консенсуса по этому существенному вопросу обмен не мог состояться. Понятно, что процесс достижения согласия не всегда проходил гладко, требовал длительных обсуждений достоинств и недостатков обмениваемых товаров, что в этом процессе решающую роль могли играть не столько достоинства товара, сколько личностные способности собственника товара, умевшего навязать свою волю другому участнику.

Признанием товаров эквивалентными, участники не только устраняли последнее препятствие на пути к обмену товарами, но и придавали этому акту устойчивый, необратимый характер. Заключенный договор исключал возможность возврата к прежнему состоянию и, самое главное, гарантировал право собственника на приобретенный в обмене товар от каких-либо посягательств со стороны бывшего собственника, а также других лиц. Однако вопрос о действительности договора и обеспечения его доказательности оказался непростым. По мере развития обмена велся интенсивный поиск способов обеспечения доказательности договора. Выход был найден в осуществлении каких-либо формализованных процедур, свидетельствующих о действительном намерении индивидуума вступить в соответствующее правоотношение.

Так, согласно Законам XII таблиц договоры купли-продажи рабов, крупного рогатого скота заключались с участием пяти свидетелей и весодержателя. Покупатель, держа в руках кусок меди (поскольку в тот период еще отсутствовали деньги), эквивалентный стоимости покупаемого товара, произносил торжественную формулу, свидетельствующую об его намерении купить соответствующий товар и уплатить его полную стоимость. Затем он ударял металлом о весы и передавал его в качестве покупной цены продавцу. По выполнении этих формальных процедур договор считался заключенным, и покупатель получал свой товар.

Формализация порядка заключения договора обмена или купли-продажи была обусловлена отсутствием иных технических средств, способных удостоверить подлинность сделки и правомерность владения приобретенным товаром. Тем не менее, благодаря такой процедуре удалось создать действенные гарантии стабильности договора и предотвратить значительную часть необоснованных посягательств со стороны других лиц на приобретенную посредством обмена собственность.

Изложенная характеристика формы обмена закрепляет правовые способы согласования, взаимоувязывания противоречивых интересов субъектов обмена и представляет собой не что иное как *непосредственное объективное право*. Оно определяет ту необходимую совокупность действий, способ связи участников обмена, при котором сохраняется экономическое содержание именно обмена, а не какого-либо другого действия. Далее, благодаря форме экономическое содержание получает развитие, движение, выразившееся в удовлетворении потребностей участников обмена, овладении ими предметами, которые обладают различной потребительной стоимостью и в силу этого признаются участниками обмена жизненно необходимыми.

Будучи особым способом взаимосвязи субъектов, форма обмена содержит набор строго определенных требований, принципов, соблюдение которых является единственно возможным условием соответствия единичного акта обмена его экономическому содержанию. Именно эти требования взаимозависимости, равенства эквивалентности и договора в совокупности *образуют объективное право, которому могут и должны следовать участники обмена*.

Первоначально участники обмена устанавливали свои права и обязанности, руководствуясь единственно возможным в этих условиях регулятором – логикой данного процесса, требованиями, содержащимися в форме обмена как таковой: признавать своего партнера равноправным участником сделки, осуществлять обмен на эквивалентных началах, выражать свою свободную волю в форме соглашения, договора. И тот факт, что обмен из единичных, эпизодических актов стал массовым экономическим явлением, убедительнее всего свидетельствует о первичности народного, социального перед государственным. Вступая в обмен, участники неукоснительно соблюдали его форму, неукоснительно выполняли все ее требования.

Возникший вначале как единичное, отдельное явление обмен со временем превратился в массовидное, весьма распространенное общественное отношение, которое лишь впоследствии было урегулировано обычаями и значительно позже законом. Развитой обмен был известен уже пять-шесть тысяч лет назад, тогда как право, закрепившее обмен,

появилось не ранее двух с половиной тысяч лет назад. Не только закон, но и обычай возникает не на пустом месте, а лишь после того, как регулируемые ими отношения просуществовали определенный период и получили широкое распространение.

Итак, существовал определенный исторический период, охватывавший собой, скорее всего, не одно тысячелетие, когда отношения обмена возникали, изменялись и прекращались без каких-либо социальных регуляторов в форме фактических правовых отношений, а непосредственным и единственно возможным их правом, были требования, присущие форме обмена. Появившийся впоследствии обычай не отменил регулятивной роли формы обмена, а лишь облегчил процесс познания правовых требований его участниками. Ибо сам по себе обычай признавался регулятором в той мере, в какой он соответствовал требованиям объективного права.

Следовательно, в материалистической теории права *источником права признается результат верного, истинного познания объективного права, объективированный вовне устно или письменно в форме нормативного предписания*. Исторически первым источником права был не закон, а индивидуальное соглашение, договор. Затем, по мере расширения сферы торговли и вовлечения в нее широких слоев населения, правовые требования обмена получают закрепление в обычае и религиозных текстах и иных источниках. «Архаичное право, – полагает Т. В. Кашанина, – это царство неписанных правил, устно передаваемых из поколения в поколение, причем в виде устных преданий, рассказов о разрешенных казусах, в форме юридических по содержанию пословиц и поговорок».⁴

Характерно, что на первых порах, государство уклонялось от законодательного закрепления отношения обмена и, как свидетельствует Аристотель, в некоторых странах имелись законы, которые прямо запрещали судебное рассмотрение споров между участниками сделок, вступившими в правоотношение по своей воле и на добровольных началах. Считалось, что вопрос о расторжении таких сделок должен решаться на тех же основаниях, на каких они вступили в взаимоотношения, т. е. самими участниками.⁵ Однако источники права в виде договора, обычая и религиозных текстов имели один существенный недостаток – не обеспечивали действенной защиты нарушенного права. В этих условиях государство не могло долго остаться в роли стороннего наблюдателя многочисленных конфликтов между участниками обмена и вынуждено было реагировать на наиболее грубые и общественно опасные нарушения ими условий обмена, посредством издания предписаний по этому поводу. Одним из первых законодательных актов в этой сфере были законы

⁴ Кашанина Т. В. Происхождение государства и права. М., 1999. С. 222.

Хаммурапи, принятые в XVIII в. до н. э. и высеченные на базальтовой скале у ворот Вавилона.

Законодателю, как справедливо замечал К. Маркс, не было необходимости изобретать право, ему достаточно верно его отразить в законе. И действительно: если участники обмена верно определили свои права и обязанности задолго до законодателя, то какая необходимость законодателю на более позднем этапе изобретать велосипед и своей волей предписывать субъективные правовые требования, противоречащие форме обмена. Законодатели древнейших цивилизаций вообще не стремились подвергать детальному правовому регулированию отношения обмена; этих отношений они касались лишь в целях борьбы с противоправными деяниями и закрепления процедур, обеспечивавших доказательность имевшей место сделки.

Таким образом, объективное право как форма экономических отношений возникло отнюдь не с изданием законодателем закона, а в силу объективной логики развития общества, в процессе складывания необходимых экономических условий. В обществе, основанном на общественном разделении труда и частной собственности, производительные силы общества смогли производить прибавочный продукт, обладающий потребительной стоимостью, в количестве, достаточном для удовлетворения не только его производителя, но других членов общества, и в силу этого возникло исторически первое экономическое отношение простого товарного производства в форме обмена. Обмен в самом себе органически сочетал надлежащее экономическое содержание и соответствующую ему юридическую форму, объективное право.

Индивидуальный договор, обычай, религиозные тексты, равно как и закон имеют общее основание, представляют собой результат мыслительной деятельности человека, верного отражения им объективного права как формы обмена. Соответственно и правомерность названных источников права выступать в этом качестве зависит не от социально-политических свойств познающего субъекта, его места и роли в обществе, а от одного единственного условия – точности воспроизведения, отражения объективно существующего права. Индивидуальный договор, соответствующий всем правовым требованиям обмена является подлинным источником права, тогда как закон, нарушающий эти требования, в этом качестве признаваться не может. Содержание такого закона составляет субъективная воля законодателя, а не само право. И тогда правомерно возникает вопрос, можно ли признавать закон источником того, чего в нем не имеется? Понятно, что

⁵ Аристотель. Сочинения. М., 1983. Т. 4. С. 246.

такой нормативный акт к объективному праву не имеет никакого отношения и может существовать лишь в качестве иллюзорной превращенной формы права.

Источником права выступала и доктрина в той мере, в какой она верно интерпретировала объективное право и его требования, примером чему может служить работа Аристотеля «Никомахова этика», в которой впервые были раскрыты основные требования обмена (равенство участников данного отношения, эквивалентность обмена и роль денег в качестве универсального средства уравнивания товаров и др.).

Все источники права, известные стадии становления и развития права как социального явления, сохранились и действуют по настоящее время. Неизменными остались и требования, которым должны удовлетворять источники права. Договор, обычай, доктрина и закон выступают в качестве источников права в той мере, в какой они отражают, санкционируют объективное право, характеризующее форму современных наличных экономических отношений по производству, обмену, распределению и потреблению материальных благ. Попытки позитивистов свести действующее право к законам и иным нормативным правовым актам, а также требовать неукоснительного исполнения, недействующего устаревшего закона до тех пор, пока он не будет отменен самим законодателем, постоянно опровергаются существующей практикой, реальным положением дел.

Современное *объективное право* представляет собой форму наличных экономических отношений производства, распределения, обмена и потребления материальных благ, обусловленную содержанием этих отношений. Объективное право определяет способы и условия взаимосвязи субъектов, при которых единичный акт экономической деятельности приобретает характер общественного отношения и удерживает единичного, отчужденного субъекта в рамках общества. Содержание объективного права составляют общие правовые принципы, присущие всем экономическим отношениям (принципы равенства, свободы, взаимозависимости, эквивалентности, всеобщности и ответственности), а также специфические правовые требования, определяемые содержанием соответствующего экономического отношения.

Между позитивным и объективным правом существует прямая и непосредственная связь, первое достигает совершенства, становится действительным лишь тогда, когда оно максимально полно соответствует своей объективной основе, как говорили основоположники материалистического правопонимания, санкционирует или закрепляет ее. В то же время позитивное частное право не является зеркальным отражением, точной копией объективного права в связи с тем, что оно, будучи логически последовательной и

лишенной противоречий системой норм, не способно отразить диалектику противоречивых интересов и действия участников экономических отношений. Основная причина этого кроется в том, что фактическое неравенство участников экономических отношений в позитивном праве подменяется формальным равенством, а фактическая несвобода работника подменяется его формальной свободой. Это противоречие, присущее капиталистическому способу производства, позитивное право устранить не в состоянии.

С помощью позитивного права государство пытается лишь примирить противоречивые интересы членов гражданского общества посредством закрепления меры взаимозависимых прав и обязанностей участников фактических экономических отношений, придания им видимости партнерских отношений равенства и свободы. Однако устраненные в позитивном праве эти противоречия остаются и постоянно напоминают о себе в реальной жизни, прежде всего, борьбой социального слоя, чьи субъективные права в позитивном праве оказываются урезанными в пользу другого социального слоя. Локальные забастовки рабочих промышленно развитых стран свидетельствуют о том, что эта форма экономической борьбы рабочего класса и иных социальных слоев за свои права не утрачивает своего значения и в настоящее время, является действенным способом давления на законодателя, вынужденного под давлением массовых выступлений частично менять законодательство. Однако подобной мерой нарушается формально-логическая гармония законодательства, оно претерпевает смягчения в пользу работников, но тем самым наступает на права собственников средств производства.

Еще больше позитивное частное право отдаляет от объективного субъективизм законодателя, его неспособность или нежелание точно выразить объективное право в форме закона. Законодательные органы буржуазного государства на начальных стадиях его истории, вплоть до конца XIX в. в принимаемых законах выражали волю и интересы экономически и политически господствующего класса, в связи с чем была существенным образом была гипертрофирована интегративная функция государства, общесоциальные и общегосударственные интересы были подчинены интересам одного класса. Однако и в этой ситуации, вопреки утверждениям позитивистов, не позитивное право выступало регулятором экономических отношений, а, наоборот, их форма определяла содержание норм права. Лица вступали в отношения не только и не столько потому, что имелся соответствующий закон, а потому, что благодаря этим отношениям представлялось возможным удовлетворять свои потребности в тех или иных благах более полно, более доступным, рациональным способом, нежели в форме устаревших, но охраняемых законом отношений. В силу притягательности обеспечиваемого блага, экономические отношения

инициируются заинтересованными субъектами даже вопреки законодательным установлениям.

Наличный интерес, экономическая выгода толкает личность или юридическое лицо к вступлению в экономическое отношение даже, если оно и не урегулировано законодательством или вовсе им запрещено. Советские граждане покупали у спекулянтов, прекрасно зная, что этот способ приобретения материальных благ запрещен уголовным законом. И вместе с тем на протяжении всей истории советского государства они неизменно обращались к помощи спекулянтов вовсе не из альтруистских побуждений помочь материально спекулянту, а потому, что в условиях постоянного дефицита и низкого качества товаров, продаваемых в государственных и кооперативных магазинах, этот способ был единственно возможным для приобретения дефицитных товаров.

Теневое право, которое имеется в любом современном обществе, возникает не только в силу желания определенных слоев общества преступным путем удовлетворять свои материальные интересы, но и потому, что в такой правовой форме начинается преимущественно процесс становления и утверждения новых экономических отношений, в силу их новизны еще не получивших отражения в законе. Хотя современное государство не допускает конкуренции источников права, признает только позитивное право в качестве действительного права, запрещает иные варианты юридически значимого поведения под страхом уголовного наказания, все же в конечном итоге выигрывает тот источник права, который наиболее полно и точно соответствует действующему объективному праву, наиболее быстро реагирует на процессы его изменения, развития. И в этой борьбе наибольшие шансы на победу имеют чаще всего источники права, исходящие первоначально от отдельного индивидуума в форме конкретных соглашений или предложений по совершенствованию законодательства, с целью приближения его к наличному объективному праву.

Лишь закоренелый позитивист может принимать решение компетентного органа о принятии нормативного правового акта за акт рождения права. На самом же деле его рождение происходит значительно раньше в форме многообразного по субъектам и содержанию индивидуального права. В ходе предметно-практической деятельности личность не только познает действующее право, но и остро ощущает все его несовершенства и недостатки, которые к тому же усиливаются недостаточно эффективной деятельностью правоприменительных органов. Поэтому каждый активно действующий индивидуум вольно или невольно не только накапливает информацию о недостатках права, но и вырабатывает свое мнение о том, каким должен быть закон, иные нормативные

правовые акты, какие права они должны закреплять, какими должны быть порядки реализации этих прав, содержащие минимум препятствий на пути реализации субъективных прав граждан и иных лиц. В данном случае речь идет о правовой позиции личности, выражающей ее негативное представление о действующем праве и одном или нескольких вариантах его улучшения, совершенствования.

В случаях, когда вину за свои неудачи личность перекладывает на действующее законодательство, она предпринимает попытки сформулировать свои *предложения о новом, более совершенном праве*. Предметом этих предложений могут стать как материальное, так и процессуально право. Личность может также предлагать усовершенствовать и механизм реализации норм права за счет ликвидации или упрощения его отдельных процедур, повышения юридических гарантий реализации соответствующего права, введения новых, демократических средств, способов, усиления юридической ответственности и т.д.

Наивысшую форму индивидуального права составляет доктринальное право – совокупность предложений по совершенствованию законодательства, исходящих от ученых-юристов или практических работников и объективированных в разного рода письменных текстах: монографиях, статьях, комментариях к действующему законодательству, тезисах докладов, сообщения на конференциях, научных отчетах, а также докладных записках в компетентные правотворческие органы государства. Обладая юридическими знаниями на профессиональном и научном уровне, ученые и практические работники более глубоко и верно видят недостатки действующего законодательства, причины этих недостатков, нежели лица, не имеющие профессионального юридического образования.

Понятно, что в наличном бытии такой формы права весьма трудно предсказать, какое именно предложение может стать позитивным правом, ибо решающую роль здесь играют политический режим, правовая политика, проводимая государством, степень осознанности обществом необходимости приведения законодательства в соответствие с социально-правовыми реалиями и др. Однако несомненным является тот факт, что вне этой формы индивидуального права было бы невозможным наличное бытие и позитивного права. Все, что известно и действует в этом качестве, неизбежно предшествует стадия индивидуального права, результат познавательной деятельности конкретной личности.

Именно в форме индивидуального права кто-то первым должен признать, что действующие нормы права являются несовершенными, в действительности же они должны быть такими-то и такими. Спустя определенный период времени компетентный правотворческий орган приходит к аналогичному мнению и заменяет устаревшие, несовершенные нормы новеллами сообразно пожеланиям первооткрывателя. Вполне

очевидно, что от момента зарождения мнения о необходимости замены норм до его реализации в форме позитивного права проходит весьма длительный период, правотворческой процесс проводится с привлечением значительный круга лиц, а принятые нормы не в полной мере совпадают с предложенными первоначально, тем не менее, значение первого акта признания норм права несовершенно, как акта положившего начало новому этапу формированию права, является несомненным и принципиально важным.

Конечно, для большинства членов гражданского общества легальный путь превращения индивидуального права в позитивное право представляется малоперспективным. Поэтому ими предпринимаются попытки реализовать свои права, вытекающие из наличных экономических отношений, из объективного права, посредством вступления в конкретные отношения.

Личность, осознавая необходимость замены действующих норм более совершенными, сама же и предпринимает попытки воплотить свой идеал права в практической деятельности, в своих действиях и поступках. Наибольшие возможности в этом направлении предоставляет частное право, диспозитивные нормы которого допускают регулирование правовых отношений по усмотрению их участников. Не менее велика роль индивидуального права и в сфере публичного права.

Совокупность норм, которыми руководствуется личность при возникновении, изменении или прекращении конкретных правоотношений, понимается как фактическое право. По существу, фактическое право не должно существенно отличаться от действующего позитивного права, поскольку такое их соотношение вытекает из природы государства как органа управления делами общества и общеобязательности норм права, обеспеченной силой государственного принуждения. Но в реальной жизни, предметно-практической деятельности общества и государства, позитивное и фактическое право порой соответствуют друг другу не более чем проповедник божеству, веру в которого он распространяет. Поэтому фактическое право бывает двух видов: легальным и нелегальным.

Фактическое право признается легальным, когда законодатель прямо различает гражданам, иным лицам самостоятельно устанавливать нормы права в соответствии с действующими законами и при условии, что нормы не будут противоречить позитивному праву. Подобный способ нормативно правового регулирования наиболее широко применяется в сфере частного права, где имеется достаточно диспозитивных норм, разрешающих субъектам правоотношений самим устанавливать свои права и обязанности или как говорят в теории права осуществлять индивидуальное регулирование. Гражданам и

иным субъектам частноправовых отношений разрешается также восполнять пробелы законодательства и регулировать свои отношения в форме обычаев делового оборота. Все нормы фактического права, сформулированные в соответствии с законом, берутся под его охрану и охраняются в той же мере и теми же способами, что и позитивное право.

Иной природой обладает фактическое право, которое формулируется в целях обойти закон и вопреки его требованиям. Личность охотно реализует лишь те нормы позитивного права, которые она одобряет и поддерживает, связывает с ними удовлетворение жизненно важных интересов и потребностей. При этом личность формирует желаемую норму права и принимает все зависящие от нее меры для ее реализации. Так, ныне мало кто солидарен с конституционной нормой, закрепляющей обязанность гражданина Российской Федерации защищать Отечество. Фактическая же норма, которой придерживаются чаще всего лица призывного возраста и их родители, состоит в том, чтобы под любыми благовидными и неблагоприятными предложениями получить отсрочку от армии. В результате, как известно, компетентным органам государства на протяжении последних пятнадцати-двадцати лет с большим трудом удается произвести планируемый набор молодежи в армию.

Фактические нормы применяются в случаях, когда личность руководствуется нормами так называемого теневого, неофициального права, которое, как известно, существенно расходится с предписаниями позитивного права. Обосновывая наличие теневого права, В. М. Баранов справедливо обращает внимание на то, что «даже в тех областях, где вопросы юридически значимого поведения рассматриваются и решаются официальным правом, люди чаще руководствуются не юридическими предписаниями (большинство людей просто-напросто не знают конкретных норм официального права), а своим правовым чувством, и, соответственно, их поведение объективно и субъективно регулируется нормами неофициального права».⁶

В частности, фактическими нормами закрепляется право лица, оказывающего какую-либо услугу, на дополнительное материальное вознаграждение помимо выплат предусмотренных законом или договором.. Как бы это вознаграждение ни называлось: «чаевые», «взятка», «поборы», «подарок», заинтересованное лицо считает делом своей чести преподнести нечто значимое лицу, «поспособствовавшему» в реализации субъективного права. Подобную практику, несмотря на длительную и упорную борьбу не удалось преодолеть в условиях советского государства, привлекавшего к юридической и моральной ответственности любителей материальных благ, сверх и помимо положенного по закону и

⁶ Баранов В. М. Теневое право. Нижний Новгород, 2002. С. 14.

договору. В современных условиях, поборы и взятки получили еще большее распространение. Не устояла даже сфера научной деятельности.

Несмотря на позитивное право, прямо закрепляющее право соискателя на бесплатную защиту докторской и кандидатской диссертации, ныне редко кому удается его реализовать. Как правило, соискателю приходится платить немалые деньги и за печатание автореферата диссертации, и за проведение защиты, и за участие в ней официальных, а также неофициальных оппонентов. В этих условиях смешным и непонятым был бы соискатель, предпринявший попытку отстоять свое субъективное право на проведения защиты за счет средств образовательного учреждения или научной организации, при которой действует диссертационный совет. Хотя согласно действующему праву все должно было быть наоборот, смешным должен казаться соискатель, готовый оплачивать защиту своей диссертации. Каждая организация, учреждение, ходатайствуя перед ВАК об открытии диссертационного совета, письменно клянется стойко нести все материальные расходы, связанные с его работой и ... столь же стойко обещанное не выполняет.

Фактическое право весьма широко заменяет официальное в сфере экономики, предпринимательства, а также при самозащите личности от противоправных посягательств и на ее права и законные интересы. Подобным правом регулируются, в частности, отношения, связанные с уходом от налогов, уплатой страховых взносов в пенсионный фонд, с проведением акций протеста против незаконных действия органов исполнительной власти (голодовка граждан, блокирование автомобильных, железных дорог, мостов), с применением нелегальных способов получения денежных сумм с должника, уклоняющегося от возврата долга в установленные договором сроки.

Фактическое право далеко не всегда соответствует и желаемому праву. Личности не удается воплотить идеал своего права вследствие его неприятия другими участниками правоотношения, из-за отсутствия юридических процессуальных норм или необходимых материальных благ и по иным причинам. В этих и других случаях правовые реалии играют решающую роль, а желаемое право сохраняет свое значение лишь в качестве идеала права, для достижения которого необходимо проведение дополнительных мер в сфере правотворчества либо правоприменения, правореализации.

Как особая форма индивидуального права фактическое право действует на завершающей, финальной стадии правового регулирования и представляет собой кумулятивный результат действия многих самых различных факторов, *оно есть то право, которое действует, выступает действительным регулятором правовых отношений*. Хотя фактическое право уподобляется крайнему участнику игры в «глухой телефон» и не всегда

точно воспроизводит то, что было сказано первым участником игры - законодателем, тем не менее, эта форма индивидуального права представляет собой объективную реальность, которую нельзя игнорировать ни в теории права, ни в практической деятельности.

Во-первых, благодаря фактическому праву по мере возможности удается исправить отдельные недостатки, несовершенства правового регулирования, в том числе, восполнить пробелы, в какой то мере устранить коллизии, конкретизировать абстрактные нормы применительно к специфике конкретных правоотношений и условиям их действия. В любом случае фактическое право оказывается более живым и действенным регулятором правоотношений, нежели позитивное (государственное) право и без обстоятельного анализа причин, в силу которых фактическое право не в полной мере соответствует позитивному, невозможно правильно наметить пути и способы совершенствования последнего.

Во-вторых, фактическое право является той формой, где впервые и может быть задолго до его официального признания в форме позитивного права получает путевку в жизнь объективное, действительное право. Как говорилось ранее, даже в современных условиях развитие производительных сил гражданского общества приводит к появлению новых производственных экономических отношений, первичное опосредствование которых осуществляется в форме фактического права. На долю же законодателя приходится лишь санкционирование этого фактического права, а основная задача видится в том, чтобы своевременно выявить народившееся в реальной жизни объективное право, а также верно и точно выразить его в позитивном праве.

Таким образом, индивидуальное право – это система норм, которые индивидуум сам формирует, признает и реализует в конкретных отношениях, что существенно отличает его от субъективного права, представляющего собой совокупность правопритязаний, возникающих под влиянием действующего позитивного права. Понятно, что далеко не все, что личность понимает и осознает как право, в действительности является таковым, оно может изобиловать и чаще всего изобилует иллюзорными, мифологическими представлениями о праве, его требованиях и способах реализации в конкретных отношениях. И тем не менее, именно индивидуальное право первым отражает все новое, прогрессивное, что возникает в объективном праве под влиянием прогрессивного развития общества, его производительных сил и экономических отношений, первым отражает новое объективное право и в силу этого его свойства оно выступает самостоятельным источником права в форме конкретных соглашений, деловых обыкновений или предложений по совершенствованию законодательства.

В современном гражданском обществе источниками права могут выступать программные и иные документы объединений, партий, выражающие правовые требования их членов. «Каждый борющийся класс должен, поэтому, формулировать свои притязания как *требования правового характера* в виде программы» – отмечали Ф. Энгельс и К. Каутский.⁷ Программа и иные документы общественных ассоциаций, закрепляющие требования, соответствующие современному состоянию объективного права, форме наличных экономических отношений, особенно, если такие требования противостоят устаревшим положениям позитивного права, выступают действительным источником права. В любом случае эти документы имеют значительно больше оснований выступать в этом качестве, нежели критикуемые ими источники позитивного права.

Источники индивидуального права, как и права общественных объединений, находятся в постоянной конкуренции с позитивным правом, поскольку быстрее «замечают» новые состояния в развитии объективного права, позволяющие распространить совокупность произведенных обществом материальных благ на большую совокупность членов общества, чем это предусмотрено действующим законодательством. Именно с этих, неофициальных источников права начинается жизнь новых требований объективного права в форме правовых притязаний заинтересованных лиц, требующих приведения позитивного права в соответствие с новыми социальными условиями, потребностями и задачами, либо в форме конкретных фактических отношений, плохо сочетающихся с действующим правом. В том и другом случае ведется активная борьба за быстрее обновление устаревшего позитивного права, которая рано или поздно завершается закреплением нового объективного права и неизбежным поражением устаревшего позитивного права.

Конкуренция источников, таким образом, является одним из необходимых условий прогрессивного развития позитивного права, приведения его в соответствие с требованиями объективного права. Стремление позитивистов подменить развитую систему источников права только законами и иными нормативными правовыми актами, заставить общество исполнять устаревшие законы до их отмены компетентным органом государства, является несостоятельным теоретически и вредным практически. Вместо учета конкуренции между источниками права, ориентированной на быстрее вытеснение устаревших недействующих норм позитивного права, данная теория признает только законы и добрую волю законодателя, а потому теоретически оправдывает сохранение в позитивном праве бездействующих норм и безответственность законодателя за их несвоевременную отмену.

⁷ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. 2-е изд. М., 1961. Т. 21. С. 515.

